

Cirkulärnr: 2002:50
Diariernr: 2002/1134
Handläggare: Förbundsjurist Ulf Palm
Sektion/Enhet: Civilrättssektionen
Datum: 2002-05-22
Mottagare: Kommunkansliet
Inköp
Kommunala företag
Rubrik: Ändringar i lagen om offentlig upphandling (LOU) m.m.
Bilagor: Lagförslaget

Civilrättssektionen
Förbundsjurist Ulf Palm

2002-05-22

Kommunkansliet
Inköp
Kommunala företag

Ändringar i lagen om offentlig upphandling (LOU) m.m.

Den 27 mars 2002 överlämnade regeringen proposition 2001/02:142 med förslag till ändringar i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och sekretesslagen (1980:100) till riksdagen.

Ändringsförslaget innebär bl.a. att

- tilldelningsbeslut, som innehåller uppgift om vem som tilldelats uppdraget och skälen härför, skall lämnas ut innan kontrakt tecknas,
- lagen kompletteras med ett förtydligande vad avser miljökrav,
- lagen kompletteras med ett förtydligande vad avser särskilda kontraktsvillkor,
- direktupphandling får användas för upphandlingar under fem prisbasbelopp,
- den absoluta sekretessen rörande uppgifter i anbud upphör i och med att beslut om leverantör och anbud fattats (tilldelningsbeslut),
- prövningstillstånd krävs för att kammarrätten skall ta upp en överklagan av länsrättens beslut/dom i mål om överprövning.

Ändringarna, som enligt planerna skall behandlas av riksdagen den 12 juni, föreslås träda i kraft 2002-07-01.

Tilldelningsbeslut

Bestämmelsen om s.k. tilldelningsbeslut är ny (se 1 kap. 28 §). Bestämmelsen gäller även vid förenklad upphandling och urvalsupphandling, men inte vid direktupphandling. Bestämmelsen, som innebär att upplysning om upphandlingsbeslutet skall lämnas ut innan upphandlingskontrakt tecknas, är en följd

av EG-domstolens dom i det s.k. Alcatelmålet. Domstolen fann att artikel 2.1 a och b samt 2.6 i det första rättsmedelsdirektivet skulle tolkas så att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av upphandlingsbeslut om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gäller oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontrakt har ingåtts.

Vad skall tilldelningsbeslutet innehålla

Tilldelningsbeslutet skall innehålla uppgifter om vem som fick uppdraget och skälen för beslutet. Enligt motiven kan alltför intetsägande uppgifter om varför en viss leverantör tilldelades upphandlingskontraktet innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälet för beslutet. Det är därför inte tillräckligt att som skäl endast ange att den antagna leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om anbudet antagits på den grunden bör i upplysningarna även redovisas vilka omständigheter som enheten tagit hänsyn till för att enheten skall anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet.

Vem får tilldelningsbeslut

Upplysningar om tilldelningsbeslutet skall lämnas på eget initiativ till varje anbudssökande och anbudsgivare (1 kap. 28 § första stycket). Motsvarande upplysningar skall också lämnas till andra potentiella leverantörer som så begär (1 kap. 28 § andra stycket). Härmed avses alla tänkbara leverantörer även om de inte är anbudssökande eller anbudsgivare i den aktuella upphandlingen.

En sökande som inte kan betraktas som leverantör har dessutom rätt att med stöd av reglerna om allmänna handlingars offentlighet i 2 kap. Tryckfrihetsförordningen (TF) rätt att få del av tilldelningsbeslutet. Det gäller t.ex. när kommuner och kommunala bolag upphandlar. Det finns visserligen inga formkrav för upplysningar om tilldelningsbeslut, men den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att föreskrivna upplysningar har lämnats. Upplysningarna bör därför lämnas i läsbar och varaktig form. Upplysningarna skall lämnas ut genast eller så snart som möjligt efter det att begäran kom in.

Upphandlingsavtal är inte formalavtal

I propositionen slår regeringen fast att upphandlingsavtal inte bör vara formalavtal som är undantagna från avtalslagens tillämpningsområde. Det innebär att civilrättslig bundenhet kan uppstå innan ett upphandlingskontrakt har undertecknats av parterna, t.ex. genom tilldelningsbeslutet. Högsta domstolen (HD) har dessutom i ett avgörande, NJA 2001 s. 3, uttalat att syftet med LOU inte har varit att vid sidan om det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentlighetsrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven.

Av LOU följer att så länge upphandlingskontrakt inte föreligger är upphandlingen inte avslutad och överprövning får ske. Frågan om civilrättslig bundenhet regleras däremot inte i LOU. Om civilrättslig bundenhet uppstått innan upphandlingen avslutats kan en upphandlande enhet efter överprövning och omgörelse bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingen. För att undvika att en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör uppstår innan upphandlingen är avslutad framhålls i propositionen att en upphandlande enhet bör se till att det i förfrågningsunderlaget anges att ett avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt. En upphandlande enhet som vill binda upp en anbudsgivare fram till dess att upphandlingen får avslutas är vidare oförhindrad att sluta ett villkorat kontrakt som gäller under tiden mellan tilldelningsbeslut och upphandlingens avslutande (prop. s. 57).

Vi föreslår mot bakgrund av det anförda att det anges i förfrågningsunderlaget att bindande avtal förutsätter att skriftligt upphandlingskontrakt upprättas. Här kan man tänka sig två varianter antingen att kontraktet tecknas först efter tiodagarsfristen eller om det tecknas innan tiodagarsfristen löpt ut att kontraktet villkoras av att överprövning inte begärs och om sådan begärs att förvaltningsdomstol inte förordnar om åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU.

När är en upphandling avslutad

En upphandling skall, med undantag av direktupphandling, alltid avslutas med ett skriftligt upphandlingskontrakt som undertecknas av parterna eller signeras med en elektronisk signatur (se definitionen på upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 §). Inget hindrar givetvis att upphandlingskontrakt tecknas även vid direktupphandling. När upphandlingen är avslutad får överprövning inte ske längre. Den ettåriga preskriptionstiden vid skadeståndstalan räknas också från tidpunkten för upphandlingens avslutande.

För att en upphandling skall vara avslutad i den mening att överprövning inte längre får ske skall två krav vara uppfyllda. Ett skriftligt upphandlingskontrakt som är undertecknat av parterna skall föreligga och tio dagar skall ha löpt ut från det att tilldelningsbeslutet lämnades ut (se 7 kap. 1 § tredje stycket). Om den upphandlande enheten underlåter att lämna tilldelningsbeslut börjar tiodagarsfristen inte att löpa.

Överprövning får ske även efter det att tidsfristen på tio dagar har löpt ut om ett upphandlingskontrakt inte föreligger. Inget hindrar således att upphandlingskontrakt tecknas senare än efter tio dagar. Den upphandlande enheten bör dock inte vänta för länge med att teckna upphandlingskontrakt. Vid interimistiskt beslut (verkställighetsförbud) räknas tidsfristen på tio dagar från det att det interimistiska beslutet upphävs. Tidsfristen på tio dagar löper från det att tilldelningsbeslut meddelas. Det innebär att det är den påföljande dagen som är den första dag som skall räknas in i tiodagarsfristen (prop. s. 101).

Om sista dagen i tiodagarsfristen är en lördag, söndag eller annan allmän helgdag får en ansökan om överprövning prövas även påföljande vardag (lagen 1930:173 om beräkning av lagstadgad tid). Om tilldelningsbeslut lämnas till anbudsgivarna eller anbudssökandena vid olika tidpunkter börjar tidsfristen löpa från den dag då upplysningarna till den sista mottagaren lämnades. Det normala bör dock vara att upplysningarna lämnas ut samtidigt till alla anbudsgivarna/anbudssökandena. Tidsfristen på tio dagar gäller inte om det endast finns en anbudsgivare.

I propositionen framhålls att om förutsättningarna för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen om tilldelningsbeslut i 1 kap. 28 § som bestämmelsen i 7 kap. 1 § tredje stycket om tiodagarsfristen. Vid s.k. otillåten direktupphandling kan således en leverantör begära överprövning även om avtal har slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tiodagarsfristen mellan tilldelningsbeslutet och kontraktet inte är uppfyllda.

Upplysningar om varför ansökan eller anbud förkastats

Bestämmelsen om upplysningar varför en ansökan eller anbud förkastats som idag redovisas i 2, 3 och 5 kap. regleras enligt förslaget gemensamt i 1 kap 27 §. Upplysningarna skall lämnas inom 15 dagar från det att en begäran kom in. Om tilldelningsbeslut fattats skall upplysningarna dock lämnas ut genast eller så snart som möjligt efter det att begäran kom in. Bestämmelsen skall gälla även vid förenklad upphandling och urvalsupphandling. Motsvarande bestämmelse i 4 kap. (försörjningssektorena) finns i 4 kap. 15 §. Där gäller dock inte 15-dagarsregeln utan endast så snart som möjligt.

När får uppgifter i anbud offentliggöras

Anbudssekretessen regleras i 6 kap. 2 § sekretesslagen. Regeringens ändringsförslag innebär att den absoluta sekretessen för uppgifter som rör anbud upphör redan när beslutet att tilldela en anbudsgivare ett upphandlingskontrakt fattas (tilldelningsbeslutet). I propositionen framhåller regeringen att för att det skall bli möjligt för leverantörerna att få del av tilldelningsbeslutet innan det är för sent att begära överprövning måste den absoluta anbudssekretessen hävas vid en tidigare tidpunkt än vid den då avtal har slutits, som gäller idag. Enligt regeringen är det därför lämpligt att den absoluta anbudssekretessen hävs när beslut om leverantör och anbud fattas.

Efter det att den absoluta anbudssekretessen upphört gäller emellertid ett s.k. rakt skaderekvisit som innebär att uppgifter inte får lämnas ut om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs (6 kap. 2 § första tycket första meningen sekretesslagen). Anbudsgivarnas behov av sekretess efter tilldelningsbeslutet tillgodoses i 8 kap. 10 § sekretesslagen. Där sägs att uppgifter om enskilda affärs- eller driftförhållanden inte får lämnas ut om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

Uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet torde enligt regeringen i regel kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. Närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat att anta bör dock enligt regeringen kunna lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts. Information om tilldelningsbeslutet får inte innehålla uppgifter som kan vara att anse som företagshemligheter. Regeringen erinrar om att en enhet som röjer en företagshemlighet kan ådra sig skadeståndsansvar enligt lagen (1990:409) om företagshemligheter. Samtidigt vet vi att domstolarna är ytterst restriktiva när det gäller att godta myndigheternas beslut om sekretess på grund av risken för skada för den egna myndigheten eller skada för den enskilde.

Vad tilldelningsbeslutet beträffar framhåller regeringen att en lämplig avvägning mellan förlorande leverantörs rätt att få information om tilldelningsbeslutet och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att känsliga uppgifter inte lämnas ut till andra förutsätter att enheten gör en sekretessprövning när den bestämmer innehållet i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Lagrådet har i sitt yttrande över lagförslaget i denna del ifrågasatt om det inte kan leda till att en konflikt uppstår mellan upplysningsskyldigheten i LOU och sekretessreglerna. Vi delar lagrådets uppfattning.

Om en upphandlande enhet avbryter en upphandling innan den fattar beslut om tilldelning av kontrakt hävs enligt regeringen den absoluta sekretessen. Vi har tidigare hävdat att om avbrytandet har skett för att t.ex. komplettera förfrågningsunderlaget och enheten därefter går ut och infor drar nya anbud gäller den absoluta sekretessen fortfarande eftersom ärendet inte är avslutat. Stöd för den uppfattningen fanns bl.a. i anvisningarna till det kommunala upphandlingsreglementet som gällde före LOU. Kammarrätten i Göteborg har emellertid i en dom 2000-03-06, mål nr 6234-1999, ansett att den absoluta sekretessen upphör om upphandlingen avbryts.

Regeringen framhåller dock att den omständigheten att den absoluta sekretessen hävs inte innebär att samtliga uppgifter blir offentliga. Anbudsuppgifter får inte lämnas ut om det allmänna eller enskilda skulle lida skada genom utlämnandet enligt bestämmelserna i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Det förhållandet att en upphandlande enhet inte har fullföljt upphandlingen kan enligt regeringen givetvis med hänsyn till kommande anbuds-förfarande påverka bedömningen av om sådan skada kan antas föreligga.

Den omständigheten att den absoluta sekretessen upphör redan i och med tilldelningsbeslutet innebär att en sekretessprövning alltid måste göras vid utformningen av tilldelningsbeslutet. Vad här sagts om anbudssekretessen gäller även för motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting, s.k. egenregianbud.

Kriterier för miljömärken

Regeringen anser att det i LOU bör tydliggöras att en upphandlande enhet får i de tekniska specifikationerna hänvisa till kriterier för miljömärken. En förutsättning är dock att kriterierna skall ha utarbetats på grundval av vetenskaplig information (se nytt andra stycke i 1 kap. 12 §). Regeringen framhåller att förslaget inte innebär någon ändring i gällande rätt, utan det är ett förtydligande vad gäller miljömärkningskriterier.

Förslaget innebär att det skall vara möjligt att t.ex. ställa krav på att de produkter som upphandlas skall uppfylla kriterierna för miljömärkning. Kriterierna får inte utformas så att de strider mot principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster.

Kriterierna skall ha antagits genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, deltagit i. De upphandlande enheterna skall även godta andra typer av bevis, t.ex. testrapporter. Detta är enligt regeringen särskilt viktigt när det gäller nationella eller privata miljömärken. Bestämmelserna skall inte tolkas så att enbart sådana miljökrav får ställas som baseras på miljömärkningskriterier.

Lagrådet har i sitt yttrande över regeringens förslag anfört att bestämmelsen torde kunna undvaras eftersom den inte avser någon ändring av gällande rätt. Lagrådet framhåller också att vilka krav som får ställas inte blir lätt att avgöra eftersom begränsningen grundar sig på det oklara begreppet vetenskaplig information. Vi delar lagrådets uppfattning. Nu blir det domstolarnas sak att försöka tolka begreppet vetenskaplig information.

Bestämmelsen gäller också vid upphandling enligt 6 kap. LOU (se hänvisning i 6 kap. 1 § andra stycket till 1 kap. 12 § andra stycket).

Särskilda kontraktsvillkor

I en ny paragraf (1 kap. 18 b §) föreslår regeringen att en upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skall anges i annonsen om upphandlingen. Motsvarande bestämmelse vid upphandling enligt 6 kap. finns i 6 kap. 10 a §. Vid upphandling enligt 6 kap. kan villkoret anges i förfrågningsunderlaget om det inte angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan vid urvalsupphandling.

Som framgår är bestämmelsen mycket allmänt hållen och den preciserar inte i vilka hänseenden som särskilda villkor får ställas. Lagrådet är också kritisk i sitt yttrande över förslaget. Lagrådet ifrågasätter om en lagreglering av förslagen utformning, grundad på tämligen vaga motivuttalanden, bidrar till att för upphandlande enheter och leverantörer klargöra var gränserna går för vad som kan tillåtas som särskilda kontraktsvillkor.

Regeringen framhåller att frågan om offentlig upphandling kan användas i syfte att främja socialpolitiska och arbetsmarknadspolitiska målsättningar har ett samband med den allmänna rättsutvecklingen inom EU. Regeringen hän-

visar bl.a. till reglerna om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan män och kvinnor, åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning i Amsterdamfördraget. Även EG-kommissionens tolkningsmeddelande om sociala hänsyn i offentlig upphandling (KOM, 2001, 566 slutligt) åberopas.

EG-kommissionens tolkningsmeddelande finns tillgängligt via Nämndens för offentlig upphandling (NOU:s) hemsida, www.nou.se. Som konkreta förslag på kontraktsvillkor nämns i tolkningsmeddelandet utöver antidiskrimineringsklausuler t.ex. krav på produktsäkerhet, hälsoskydd och hygien, tillgänglighet för personer med funktionshinder och krav på att anlita arbetslös arbetskraft.

Regeringen framhåller att regeln om särskilda kontraktsvillkor inte innebär någon ändring av gällande rätt, utan är ett förtydligande av möjligheten att ställa särskilda villkor, t.ex. genom antidiskrimineringsklausuler som skall gälla för utförandet av det uppdrag som upphandlingskontraktet omfattar.

Kontraktsvillkor är inte kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier utan särskilda därutöver tillkommande villkor. Den upphandlande enheten kan, efter att i annonsen ha angett villkoren, ställa som krav att anbudsgivarna i sina anbud bekräftar att de åtar sig att uppfylla villkoren om de tilldelas kontraktet. De anbud där anbudsgivaren inte accepterar villkoren skall inte antas.

De särskilda kontraktsvillkoren skall vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Särskilda kontraktsvillkor kan enligt regeringen användas i olika syften. Ett enligt regeringen väsentligt syfte med villkoren kan vara att föreskriva särskilda arbets- och anställningsvillkor för ett arbete som skall utföras. Regeringen anser att det är särskilt angeläget att de upphandlande enheterna utnyttjar möjligheten att genom särskilda kontraktsvillkor använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

Regeringen framhåller att om antidiskrimineringsvillkor används i upphandlingskontraktet bör den upphandlande enheten självfallet kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret. Som exempel på sanktioner nämner regeringen vite eller hävning. Kommunförbundet och Landstingsförbundet pekade i sina yttranden över Upphandlingskommitténs slutbetänkande (SOU 2001:31) just på svårigheterna att kunna kontrollera att anbudsgivarna lever upp till bl.a. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

För att ge de upphandlande enheterna ledning när det gäller vilken typ av kontraktsvillkor som kan användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling har regeringen den 17 januari 2002 gett NOU i uppdrag att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler (Fi 2002/422). Det gäller exempel

på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationalitet eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Uppdraget skall ske i samråd med JämO, DO och Handikappombudsmannen. Samråd skall också ske med Kommunförbundet och Landstingsförbundet. NOU:s rapport beräknas bli klar i slutet av maj 2002.

Direktupphandling

Regeringen föreslår att direktupphandling skall få användas när upphandlingens värde understiger fem prisbasbelopp, för närvarande 189 500 kr. Därmed skapas enligt regeringen ett skäligt utrymme för ett enklare förfarande utan att alltför stora värden undantas från det mer formbundna förfarandet i 6 kap. Regeringen påpekar att den omständigheten att fler upphandlingar än idag faller utanför de mer formbundna förfarandena inte får medföra en godtycklig behandling av anbud och anbudsgivare. Huvudregeln i 1 kap. 4 § om affärsmässighet gäller även för direktupphandlingar liksom principen om att den upphandlande enheten inte får ta ovidkommande hänsyn.

Med hänsyn till att gränsen för direktupphandling fastställs till fem prisbasbelopp finns det enligt regeringen ingen anledning att i lagtexten koppla rätten till direktupphandling till lågt värde. Lagtexten kompletteras också med en regel som anger att en upphandling inte får delas upp i syfte att komma under gränsen för direktupphandling. Regeringen framhåller vidare att för beräkning av direktupphandlingsgränsen gäller samma princip som vid tröskelvärdesberäkningen, dvs. att upprepade upphandlingar av samma slag som en upphandlande enhet gör (kommer att göra) under en tolv månadersperiod bör läggas samman vid beräkningen av värdet. För större upphandlande enheter krävs därför samordning av direktupphandlingar så att värdet beräknas på ett korrekt sätt. Bestämmelser härom kan lämpligen tas in i riktlinjerna för direktupphandling (se nedan).

Vidare föreslås att orden "såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten" utgår och att endast synnerliga skäl behålls. Att den upphandlande enheten har råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar givetvis inte rätt till direktupphandling. Regeringen nämner dock vissa andra situationer där synnerliga skäl skulle kunna vara för handen. t.ex. vid extra förmånliga köp på auktion eller erbjudanden väsentligen under marknadsvärdet.

Vidare bör enligt regeringen vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det handlar främst om sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagaren skulle störas och vården därmed försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- eller boendeanternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Även fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling bör enligt regeringen grunda rätt till direktupphandling.

De upphandlande enheterna föreslås bli skyldiga att anta riktlinjer för användning av direktupphandling. Riktlinjerna bör enligt regeringen innefatta värdegränser för olika typer av varor och tjänster vid vilka den upphandlande enheten skall infordra anbud från flera anbudsgivare i konkurrens. Sådana riktlinjer kan också innehålla bestämmelser om vem som har rätt att fatta beslut om direktupphandling.

Urvalsupphandling

Enligt NOU har det varit oklart om förhandlingar har varit tillåtna vid urvalsupphandling. Vi har emellertid alltid utgått ifrån att förhandlingar har varit tillåtna. I definitionen i 1 kap. 5 § föreslås nu ett förtydligande att den upphandlande enheten vid urvalsupphandling får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Prövningstillstånd

Regeringen räknar med att antalet överprövningar kommer att öka i och med att viss information om det antagna beslutet offentliggörs med tilldelningsbeslutet. Den absoluta sekretessen för uppgifter i anbud föreslås också upphöra i och med tilldelningsbeslutet. De ökade överprövningsmöjligheterna får enligt regeringen inte innebära att besvärinstanserna belastas i onödan. Regeringen föreslår därför att överklaganden av länsrätts dom/beslut skall tas upp till prövning endast om kammarrätten meddelar prövningstillstånd. Kravet på prövningstillstånd i kammarrätten syftar också enligt regeringen till att undvika att handläggningen av mål inte drar ut för mycket på tiden och skapar möjlighet att bättre och mer effektivt utnyttja de resurser som finns i kammarrätterna.

Förutsättningarna för prövningstillstånd i kammarrätt regleras i 34 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Sådant tillstånd meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Prövningstillstånd meddelas också om det finns anledning att ändra i det slut till vilket länsrätten kommit eller det finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Den framtida tillsynen

Upphandlingskommittén föreslog att nuvarande tillsynsmyndighet (NOU) skulle slås samman med Konkurrensverket som skulle ombildas till en ny myndighet, Konkurrens- och Upphandlingsverket. Ett flertal remissinstanser tillstyrkte förslaget, men många andra avstyrkte förslaget, bl.a. Kommunförbundet och Landstingsförbundet.

Regeringen anser att behovet av en särskild myndighet för bevakning av upphandlingsområdet och för tillsyn av att upphandlingsreglerna följs är lika stort idag som när nämnden inrättades år 1993 och att nämndformen är den mest ändamålsenliga för den statliga tillsynen av den offentliga sektorns upphandling. Regeringen anser vidare, i likhet med Kommunförbundet, Landstingsförbundet och NOU, att ordföranden i nämnden självständigt bör få

fatta beslut i klagomålsärenden efter samråd med nämnden för att inte riskera att partsintressen påverkar tillsynsverksamheten. Regeringen framhåller också att det är viktigt att namnet NOU behålls eftersom det är väl inarbetat både internationellt och nationellt.

När det gäller sanktionssystemets närmare utformning anser regeringen att det bl.a. bör införas en möjlighet för NOU att kunna ingripa vid otillåten direktupphandling. Beredningen i denna del är enligt regeringen inte avslutad och regeringen avser att återkomma med förslag under hösten 2002.

Övriga frågor

Köp mellan kommun och kommunalt företag

Upphandlingskommittén föreslog att alla typer av upphandlingar inom klassisk sektor från eller till ett företag som ägs av kommuner eller landsting skulle kunna ske utan upphandlingsförfarande enligt LOU.

Regeringen anser att EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis inte ger någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag. Regeringen pekar också på att remissinstanserna har olika uppfattning i frågan.

Regeringen anser att frågan bör beredas ytterligare och lägger inte fram något förslag nu. Frågan är dessutom föremål för behandling i samband med handläggningen av EG-kommissionens förslag till ändrade direktiv om offentlig upphandling. Det återstår således att se om och i så fall hur frågan kommer att hanteras i de ändrade direktiven. Kommunförbundet och Landstingsförbundet har i Regionkommittén och i samarbetsorganet CEMR i Bryssel på olika sätt verkat för att ett undantag för denna typ av transaktioner skall skrivas in i direktiven om offentlig upphandling inom klassisk sektor.

Avknoppningar

Upphandlingskommittén föreslog att det i 6 kap. skulle införas en regel som ger en upphandlande enhet rätt att sluta ett avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling till anställda eller av anställda bildad juridisk person i fråga om uppgift som de anställda fullgjort (avknoppningsstöd). Ett sådant avtal om överlåtelse av verksamhet skulle enligt förslaget gälla under högst fem år.

Regeringen hänvisar till att frågor som gäller avknoppad verksamhet också har behandlats i betänkandet "Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster" (SOU 1999:149). Det betänkandet bereds för närvarande inom regeringskansliet. Regeringen anser att frågan om rätt för upphandlande enheter att ge avknoppningsstöd därför bör anstå.

Krav på att verksamhet drivs utan vinstsyfte

Upphandlingskommittén föreslog att den upphandlande enheten vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård och socialtjänst skulle få ställa som krav att utförandet av tjänsten endast fick överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.

Regeringen anser att Upphandlingskommitténs förslag bör anstå i avvaktan på resultatet av två andra utredningar nämligen, "Medborgligt inflytande m.m. vid förändringar av ägar- eller driftformer inom vården" (S 2000:08) och "Ett nytt slag av aktiebolag för icke vinstdrivande verksamhet" (dir. 2002:30).

Kundvalssystem

Upphandlingskommittén föreslog att kundvalssystem inom t.ex. äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg borde utredas i särskild ordning då det inte ansågs passa in i upphandlingslagstiftningens normsystem. Regeringen säger nu att den delar Upphandlingskommitténs bedömning. Enligt uppgift har regeringen för avsikt att tillsätta en sådan utredning.

Ikraftträdande

Regeringen föreslår att lagändringarna skall träda i kraft den 1 juli 2002 och att äldre bestämmelser skall gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Regeringen anser att det är viktigt att framförallt anpassningen till de krav som rättsmedelsdirektiven ställer enligt EG-domstolens dom i Alcatel-målet sker så snart som möjligt eftersom staten kan bli skadeståndsskyldig mot en leverantör som lidit skada i en upphandling på grund av att rättsmedelsdirektiven inte genomförts i svensk lagstiftning.

Det är således den svenska staten som kan bli skadeståndsskyldig om den svenska lagen inte anpassas till kraven enligt domen i Alcatel-målet om tilldelningsbeslut. En upphandlande enhet kan däremot inte tvingas att tillämpa reglerna om tilldelningsbeslut innan den nationella lagen har ändrats. Det framgår bl.a. av flera domar i mål om överprövning enligt LOU. Kammarrätten i Jönköping skriver i en dom 2002-02-18, mål nr 2835-01, att bestämmelserna i direktivet har således inte någon direkt effekt som kan åberopas av en enskild till stöd för att överprövningsorganet skall tillämpa direktivets bestämmelser utan att de genomförts i nationell rätt.

Regeringen pekar visserligen på att det under remissbehandlingen har framkommit att några upphandlande enheter redan har inrättat sina upphandlingsrutiner till Alcatel-domens krav, men då krävs det samtidigt enligt vår uppfattning att den upphandlande enheten ser till att den absoluta sekretessen upphör genom att "alla anbudena offentliggörs" (se 6 kap. 2 § sekretesslagen) för att inte riskera att bryta mot sekretesslagen. Det innebär dock inte utan vidare att samtliga uppgifter blir offentliga. Anbudsuppgifter får inte lämnas ut om det allmänna (den upphandlande enheten) eller enskilda (anbudsgivarna) skulle lida skada genom utlämnandet enligt bestämmel-

serna i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Någon bestämd tidsfrist för tecknande av kontrakt finns emellertid inte förrän lagförslaget har trätt i kraft.

Mot den redovisade bakgrunden och med tanke på den korta tid som återstår fram till ikraftträdandet finns det enligt vår uppfattning knappast någon anledning för de upphandlande enheterna att försöka anpassa sig till Alcatel-domens krav redan nu.

Enligt regeringen borde de nya reglerna om tilldelningsbeslut och om viss tidsfrist för upphandlingens avslutande gälla även upphandlingar där beslut om leverantör inte fattats vid lagens ikraftträdande. Eftersom de nya reglerna kan komma att påverka den upphandlande enhetens handläggning av upphandlingen i ett tidigare skede än när beslut om leverantör fattats anser regeringen ändå att äldre regler skall gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Som nämnts ovan är det dock möjligt att inom ramen för nuvarande bestämmelser tillämpa de föreslagna reglerna om tilldelningsbeslut redan nu.

Regeringen påpekar att de föreslagna ändrade reglerna om direktupphandling inte gäller för upphandlingar som påbörjas före ikraftträdandet. Bestämmelserna om kriterier för miljömärken, om särskilda kontraktsvillkor och om urvalsupphandling är endast förtydliganden av vad som redan gäller enligt EG-rätten. Det saknas dock enligt regeringen anledning att beträffande dessa nya regler införa andra övergångsbestämmelser än beträffande övriga regler.

Bestämmelserna om prövningstillstånd i kammarrätten bör enligt regeringen inte gälla vid överklaganden av länsrättens beslut som meddelats före ikraftträdandet.

Seminarier om ändringarna

Kommunförbundet kommer att anordna fyra seminarier vid vilka ändringarna kommer att behandlas enligt följande.

Stockholm den 4 september 2002

Sundsvall den 10 september 2002

Jönköping den 17 september 2002

Malmö den 18 september 2002

Särskild inbjudan kommer att gå ut under maj månad.

Kommunförbundet planerar också ett seminarium om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt i höst. Särskild inbjudan går ut senare.

Frågor med anledning av detta cirkulär besvaras av Ulf Palm,
Bengt O Renberg, Lena Dalman och Hans Ekman på Civilrättssektionen,
tfn 08-452 71 00.

SVENSKA KOMMUNFÖRBUNDET

Civilrättssektionen

Hans Ekman

Ulf Palm

Bilaga

Lagförslaget